

LUANA MARTINS PINHEIRO

**STF E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO
CONSTITUCIONAL:**

o poder normativo da jurisdição constitucional brasileira.

**Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.**

**Orientadora: Prof. Msc. Carolina Cardoso
Guimarães Lisboa**

BRASÍLIA

2009

RESUMO

A produção normativa pela jurisdição constitucional é algo vivenciado nas principais cortes constitucionais ocidentais e democráticas, durante a importante tarefa de dar eficácia e implantar os princípios consagrados pela Lei Fundamental. Sob esse prisma, esta pesquisa tem por objetivo analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal nos casos em que, ao realizar a interpretação da norma constitucional, extrapola os limites estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, criando uma nova norma. Tal tema leva a uma reflexão sobre os limites que podem ser estabelecidos à criação de tais normas para a manutenção da segurança do ordenamento jurídico, a preservação da harmonia entre os Poderes e do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição - Interpretação Constitucional – Mutação Constitucional – Criação judicial de leis – Jurisdição Constitucional – Autocontenção – Ativismo judicial – Limites.

SUMÁRIO

RESUMO	2
INTRODUÇÃO.....	5
1 OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	8
1.2 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	11
1.2.1 <i>MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL</i>	12
1.2.2 <i>NOVOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL</i>	13
2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, AUTOCONTENÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL.....	21
2.1 OS MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O USO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM SUAS DECISÕES.	23
2.1.1 <i>A SUPREMA CORTE AMERICANA</i>	23
2.1.2 <i>O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AUSTRIACO</i>	25
2.1.3 <i>O DESDOBRAMENTO DOS MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA FRANÇA E NA ALEMANHA</i>	28
2.1.4 <i>A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA</i>	31
3 STF E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	40
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

Cumpre ao Supremo Tribunal Federal – STF a difícil tarefa de dar eficácia aos princípios e normas constitucionais para que a Lei fundamental não seja apenas uma “folha de papel¹”, mas dotada de força ativa e eficácia.

A crise instaurada no Congresso Nacional e a falta de legislação específica para solução de conflitos que chegam ao judiciário todos os dias têm levado o Supremo Tribunal Federal-STF a adentrar em searas que, a princípio, seriam de competência dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, nos últimos anos, a Corte Constitucional brasileira tem se posicionado sobre diversas questões políticas e sociais, tais como: reforma política, pesquisa com células-tronco embrionárias, greve no serviço público e uso de algemas.

A subsunção, ou seja, a correspondência ou adequação do fato social à norma, já não atende aos complexos problemas do cotidiano. Diante dos vazios normativos, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC² determina que, nos casos em que a lei for omissa, o juiz deverá decidi-los de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. A LICC determina ainda que na aplicação da lei, deverão ser atingidos os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Na tentativa de determinar o conteúdo axiológico e semântico da lei, os métodos de interpretação foram se desenvolvendo e têm servido para embasar as decisões do judiciário e, especialmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal.

¹ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

² BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, de 04.09.42. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. DOU de 09.09.1942, V.136, p. 5075.

O problema encontra-se nos casos em que o STF, ao realizar a interpretação da norma constitucional, extrapola os limites estabelecidos pela doutrina e jurisprudência e acaba criando uma nova norma. Tal situação tem dividido a opinião pública e causado certa inquietação no meio acadêmico e demais instituições do Estado, no sentido de que o STF estaria criando ou modificando a norma constitucional a partir da interpretação. O que, neste caso, invadiria a competência do legislador ordinário.

A produção normativa pela jurisdição constitucional é um problema vivenciado nas principais cortes constitucionais ocidentais e democráticas, que têm a importante tarefa de dar eficácia e implantar os princípios consagrados pela Lei Fundamental. O que leva a uma reflexão sobre temas como a divisão de poderes, as funções da jurisdição constitucional, legitimidade e limites ao poder normativo.

E, neste contexto, exsurge a importância do presente estudo, o qual tem por objetivo principal analisar, de forma sucinta, o uso da interpretação pela jurisdição constitucional brasileira na solução de conflitos, as implicações e a necessidade de se impor limites à atividade normativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo serão apresentados os limites da interpretação constitucional, quais sejam: os princípios e métodos de interpretação (fazendo-se diferenciação acerca dos métodos clássicos e dos novos métodos de interpretação constitucional). Por conseguinte, será demonstrado que através da atividade interpretativa, há a criação da norma constitucional através da modificação do seu sentido e alcance (mutação constitucional).

O segundo capítulo discorrerá sobre o surgimento da jurisdição constitucional, os modelos atuais e os mecanismos utilizados para o controle de

constitucionalidade de suas leis. Este capítulo demonstrará as influências dos modelos existentes para a formação da jurisdição constitucional brasileira e as peculiaridades do controle de constitucionalidade pátrio. Serão apresentadas as formas de atuação da jurisdição constitucional através da autocontenção e do ativismo judicial como formas de limitação da atividade de criação judicial de leis.

O terceiro capítulo será dedicado a demonstrar como o STF se utiliza dos métodos de interpretação constitucional em algumas de suas decisões e, com isso, acaba criando e/ou modificando a Lei Fundamental. É importante esclarecer que alguns precedentes jurisprudenciais serão expostos com o objetivo de ilustrar a tese defendida, tendo em vista que esta pesquisa não tem como objetivo fazer uma análise minuciosa sobre as decisões jurisprudenciais daquela Corte, mas sobre o poder normativo do STF por meio da interpretação constitucional e, principalmente, limites que podem ser estabelecidos a esse poder.

Ao fim, deseja-se que esta pesquisa permita uma reflexão sobre o crescimento e delineamento da jurisdição constitucional brasileira, em tempos de crise nos Poderes Executivo e Legislativo para que possam ser buscadas soluções no sentido de maior concretização e eficácia da Constituição Federal de 1988.

1 OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Carlos Maximiliano³, interpretar é determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. É a interpretação que esclarecerá o significado da norma e determinará, dentre os inúmeros sentidos que se possa obter, o que melhor atenda ao caso concreto.

A natureza jurídica aberta das normas e dos princípios constitucionais, a fim de regular o máximo de situações fáticas possíveis, torna a interpretação imprescindível ao ordenamento jurídico, cabendo ao intérprete a tarefa de atualizar e concretizar as normas e princípios da Lei Fundamental.

Como a jurisdição constitucional é o órgão legítimo para interpretar e guardar a Constituição, é necessário que tal atividade seja balizada por métodos e princípios que imprimam racionalidade e legitimidade às decisões produzidas.

Para melhor compreensão do tema exposto nesta pesquisa, serão apresentados a seguir os princípios e métodos que devem ser analisados em qualquer ato de interpretação constitucional, considerados como limitadores do processo interpretativo e sem os quais, “todas as decisões interpretativas se mostrariam arbitrárias ou desprovidas de fundamento.”⁴

1.1 Postulados ou princípios de interpretação

³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.

⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional. **Revista Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte: Fórum, v. 3, n. 23, 2003, p. 1717.

Celso Ribeiro Bastos⁵ define os princípios de interpretação como postulados, pois são parte de uma etapa obrigatória e anterior ao processo interpretativo, necessários para que este seja válido.

Em complemento, J.J Gomes Canotilho⁶ anota que tanto a doutrina quanto a jurisprudência sentiram a necessidade de elaborar um rol de enunciados importantes e relevantes para a interpretação constitucional, que pudesse auxiliar os intérpretes nessa difícil tarefa. O estudo destes postulados (ou axiomas) constitucionais revela-se de extrema importância na medida em que “eles constituem vetores sem os quais a interpretação constitucional é inócua, porque ilegítima⁷.”

A doutrina⁸ classifica como postulados ou princípios de interpretação constitucional: o da unidade da Constituição, da concordância prática ou da harmonização, da correção funcional, da Máxima efetividade e da Força normativa da Constituição.

Em análise da definição de cada princípio, o primeiro seria o **princípio ou postulado da unidade da Constituição**, o qual determina que a Lei Fundamental deva ser considerada em conjunto ou como um sistema, com a finalidade de se evitar contradições com outras normas da própria Constituição.

Já o **princípio da concordância prática ou da harmonização** “impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.⁹”

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos editora, 2002, p. 95.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra : Almedina, 2002.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra : Almedina, 2002, p.1223.

⁸ A definição e a classificação dos postulados ou princípios de interpretação foi baseada na doutrina de Uadi Lammego Bulhos, Inocêncio Mártires Coelho, J.J. Gomes Canotilho e Celso Ribeiro Bastos.

O **princípio da correção funcional**, conforme síntese de Inocêncio Mártires Coelho¹⁰, tem por finalidade impedir que, durante o processo interpretativo, seja alterada a divisão de poderes e as competências definidas pela Constituição, de forma que não perturbe o sistema organizatório-funcional estabelecido.

O **princípio da máxima efetividade** define que a Constituição deve ser interpretada em sentido que lhe atribua maior efetividade, favorecendo a integração social e a unidade política.¹¹

Por último, o **princípio da força normativa da Constituição** prescreve que a Lei fundamental deve ser interpretada de forma que “ajustando-se historicamente o sentido de seus preceitos, lhes confiram maior eficácia¹²”. A Constituição teria, portanto, uma força normativa capaz de conformar as instituições do Estado e ser sempre atual e eficaz.

Destacam-se ainda dois princípios utilizados atualmente pela jurisdição constitucional: o **princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade** e o **princípio da interpretação conforme a Constituição**.

Em linhas gerais, o **princípio da interpretação conforme a Constituição** determina que, dentre os múltiplos significados que a norma possa ter, deve ser escolhido aquele sentido que a torne constitucional e não aquele que resulte em sua declaração de inconstitucionalidade. Tal técnica é bastante utilizada no controle de constitucionalidade das leis.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.1225.

¹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional. **Revista Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte: Fórum, v. 3, n. 23, 2003, p. 1719.

¹¹ Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional. **Revista Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte: Fórum, v. 3, n. 23, 2003, p.1720

¹² COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 2003, p.136.

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade¹³, por sua vez, é um parâmetro intimamente relacionado à idéia de justiça, equidade e ponderação, principalmente, em casos de colisão de bens ou princípios constitucionais. Tal princípio determina que, para sua aplicação, devem ser preenchidos os seguintes requisitos:

a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo poder público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; b) da necessidade ou da exigibilidade, que impõe a verificação da existência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados e c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.¹⁴

Definidos os postulados, compete descrever de maneira sucinta, os métodos de interpretação utilizados pela jurisdição constitucional.

1.2 Métodos de interpretação constitucional

Dentre as inúmeras possibilidades de interpretação, cumpre ao intérprete judicial encontrar a solução mais justa e adequada de forma a garantir o melhor significado e alcance da norma Constitucional.

O juiz, entretanto, não é livre para interpretar a norma constitucional da forma que melhor lhe aprouver, pois a sua atividade embora discricionária, não pode ser

¹³ Embora se utilize a razoabilidade e a proporcionalidade como sinônimos, alguns autores compreendem que estas são distintas. Nesse sentido é a doutrina de Helenilson Cunha Pontes: “[...] enquanto a razoabilidade exige que as medidas estatais sejam racionalmente aceitáveis e não arbitrárias, o princípio da proporcionalidade determina que as mesmas, além de preencherem tal requisito, constituam instrumentos de maximização dos comandos constitucionais, mediante a menor limitação possível aos bens juridicamente protegidos.” (Cf. PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 85-86.). No mesmo sentido: Mendes, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos editor, 1983, p.83 e STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p 148 e 185-192.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.219-220.

arbitrária. A sua liberdade está em escolher o melhor método, através de determinadas regras¹⁵, para então, resolver o problema interpretativo que lhe é proposto.

De forma concisa, os métodos clássicos de interpretação constitucional são: o literal ou gramatical, o sistemático, o histórico e o teleológico.

Os novos métodos de interpretação Constitucional são elencados pelo constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho¹⁶ como: tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual e normativo-estruturante. Ao lado destes, cumpre citar ainda o método de interpretação norte-americano da construção ou *construction*, bastante utilizado nas cortes constitucionais atualmente¹⁷.

1.2.1 Métodos clássicos de interpretação constitucional

O **método literal ou gramatical** determina que cada termo normativo seja examinado, “observando-se a pontuação, a etimologia e a colocação das palavras¹⁸”. Informa Celso Ribeiro Bastos¹⁹ que tal método constitui sempre o ponto de referência obrigatório para a interpretação de qualquer norma.

O **método sistemático** estabelece que a norma deve ser interpretada dentro do contexto ou sistema normativo como um todo, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.

¹⁵ Sobre regras para a escolha dos métodos e interpretação constitucional vide BLACK, Henry Campbell. Handbook of Construction and interpretation of Law. EUA: West Publishing Co, 1896. Apud BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.58-90.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.1210-1222.

¹⁷ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.91.

¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Idem. Ibidem, p.22.

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos editora, 2002.

O **método histórico**, por sua vez, pauta-se na investigação dos antecedentes históricos da norma. Desta forma, deve ser analisado o projeto de lei, a exposição de motivos e todos os fatores que resultaram na elaboração do texto normativo.

Por fim, o **método teleológico** “busca descobrir a finalidade da norma constitucional, visando aos valores que ela pretende atingir²⁰”. Este método procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento jurídico.

Alguns autores²¹ consideram que estes métodos são os únicos capazes de conduzir a um resultado válido e seguro. Entretanto, em análise aos problemas cotidianos verifica-se que tais métodos, apesar de necessários e obrigatórios, não atendem a problemas como a colisão entre normas constitucionais ou até mesmo, a inexistência de normas para a solução de problemas mais difíceis. É, neste contexto, que os novos métodos de interpretação constitucional se desenvolveram.

1.2.2 Novos métodos de interpretação Constitucional

Não há unanimidade na doutrina sobre os demais métodos de interpretação constitucional. Autores como Ernst-Wolfgang Böckenförd²², J.J.Gomes Canotilho²³ e Inocêncio Mártires Coelho²⁴, delimitam que os métodos de interpretação constitucional existentes são: tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual, normativo-estruturante e construção (ou *construction*).

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Idem, Ibidem.

²¹ Vide: Ernst Forsthoff acerca da defesa escrita do método jurídico no plano da interpretação constitucional em CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra : Almedina, p. 229. No mesmo sentido: LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 438.

²² BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 13-35, 37

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.1210-1222.

²⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 2003.

O **método tópico-problemático**, ao imprimir um caráter prático à interpretação constitucional e partir da premissa que a norma constitucional possui um caráter aberto, fragmentário e indeterminado, procura analisar o problema e, dentre as hipóteses levantadas, encontrar a solução adequada. “A interpretação constitucional reduzir-se-ia, assim, a um processo aberto de argumentação entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através do qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto²⁵”.

Segundo F. Müller²⁶, esse método pode conduzir a um casuísmo sem limites, tendo em vista que a interpretação não deve partir do problema em direção à norma, mas o contrário. Para o autor, a interpretação é uma atividade vinculada à norma, sendo a Constituição escrita um limite ineliminável, que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema.

O **método hermenêutico-concretizador** tem por premissa que todo ato interpretativo se inicia na pré-compreensão do intérprete. No mais, pouco se diferencia do método tópico-problemático, a não ser pelo fato de que a interpretação deve priorizar a norma constitucional ao invés do problema²⁷. Sobre esse método, Inocêncio Mártires Coelho pondera:

Impõe-se reconhecer a grande dificuldade em se produzirem resultados razoavelmente consistentes à base dessa proposta hermenêutica porque a pré-compreensão do intérprete, enquanto tal, distorce desde logo não somente a realidade, que ele deve captar através da norma, mas também o próprio sentido da norma constitucional [...] os que propugnam por esse método, assim como os defensores do procedimento tópico-problemático, ficam a dever aos seus críticos algum critério de verdade que lhes avalize as interpretações, de nada valendo, para quitar essa dívida, fazerem apelo a uma

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1211.

²⁶ MÜLLER, **Friederich**. **Juristische Methodik**. 3.ed. Berlim: Strukturierende Rechtslebe, 1989. Apud: CANOTILHO, J. J. Gomes. Idem. Ibidem, p. 1212.

²⁷ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Idem. Ibidem, p. 1212.

imprecisa e mal definida verdade hermenêutica, que pode ser muito atraente, como idéia, mas pouco nos diz sobre os alicerces desta construção.²⁸

O **método científico-espiritual** tem por premissa o aspecto valorativo da Constituição. O intérprete ao analisar o texto constitucional deve considerar os sistemas de valores contidos na Constituição, assim como o sentido e a realidade que esta detém como elementos participantes do processo de integração.²⁹ Procurando elucidar tal método, J.J. Gomes Canotilho sintetiza:

As premissas básicas do chamado método científico-espiritual baseiam-se na necessidade de que a interpretação da constituição dever ter em conta: (i) as bases de valoração (= ordem de valores, sistema de valores) subjacentes ao texto constitucional; (ii) o sentido e a realidade da constituição como elemento do processo de integração. O recurso à ordem de valores obriga a uma “captação espiritual” do conteúdo axiológico último da ordem constitucional. A idéia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado).³⁰

O **método normativo-estruturante** determina que a norma não se reduz ao texto normativo, ela é uma parte da realidade que o texto constitucional só contempla parcialmente. O intérprete deve utilizar-se das várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração e jurisdição), além da interpretação literal, para concretizar a norma.³¹

O **método da construção ou *Construction***, originário da jurisdição constitucional americana, procura determinar o significado real dos termos obscuros ou

²⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional. **Revista Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte: Fórum, v. 3, n. 23, 2003, p. 1713.

²⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Idem. Ibidem.

³⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Idem. Ibidem.

³¹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1213.

ambíguos de uma lei quando existir dúvida, quer por motivo de aparente conflito de normas ou porque o caso concreto não se ache expressamente previsto em lei.³²

Alguns autores norte-americanos³³ diferenciam os métodos da construção e da interpretação. Pela interpretação constitucional, procura-se o sentido do texto do significado de suas palavras ou símbolos (método literal e lógico). O intérprete detém-se, exclusivamente, no texto legal, cujo exato sentido se quer apreender. No método da construção constitucional, entretanto, o intérprete visa a determinar o significado da Constituição, buscando outros recursos (princípios, analogia, costumes, elementos de natureza política) fora da Lei fundamental para determinar o seu significado.

Outros autores³⁴, entretanto, entendem que a construção é mais uma modalidade de interpretação, apenas tendo em vista que o ato interpretativo não se atém apenas ao sentido literal do texto constitucional. E a construção, por sua vez, é realizada por intermédio da interpretação constitucional, de forma que o intérprete atribui um significado ao texto constitucional inicialmente, para depois atribuir-lhe um novo sentido.

Fato é que a construção tem sido muito utilizada pela jurisdição constitucional, o que tem ocasionado divergência e discussão acerca dos limites da interpretação e da criação de uma nova norma através da modificação do seu sentido.

³² Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.91-99

³³ Vide: LUTZ, Donald S. **The origins of american constitutionalism**. Londres: Baton Rouge, 1988. e MENDELSON, Wallace. **The Constitution and The Supreme Court**. Nova York: [s.n.], 1959.

³⁴ Nesse Sentido: FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.47-48. ; TEIXEIRA, José Horácio Meireles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 217 e BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.94

A modificação semântica sem alteração do texto constitucional constitui um processo informal de reforma da Constituição, o qual se denomina mutação constitucional.³⁵

1.3 Mutação Constitucional

Uadi Lammêgo Bulos³⁶ leciona que a mutação constitucional é o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos e conteúdos até então não ressaltados pela Lei Fundamental, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos costumes e práticas constitucionais.

Em linhas gerais, a Constituição só pode ser modificada através de critérios (temporal, circunstancial, material e formal) e procedimentos estabelecidos em seu próprio texto, o que se denomina processo formal de reforma ou modificação da Constituição.

No ordenamento brasileiro, os critérios e os procedimentos para reforma ou modificação da Constituição estão previstos no artigo 60, que determina que qualquer reforma ou modificação de tal Lei deve ser discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, sendo aprovada, se obtiver três quintos dos votos, em dois turnos de discussão e votação.

E ainda, a Constituição proíbe a alteração ou modificação que vise à abolição dos fundamentos da forma federativa de estado; do voto direto, secreto, universal e periódico; da separação dos poderes; e dos direitos e garantias individuais, imprescindíveis para o desenvolvimento estável e seguro da sociedade.

³⁵ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

³⁶ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. Idem. *Ibidem*

Tais limitações têm por finalidade evitar que o legislador ordinário realize alterações bruscas ou uma revolução no âmbito constitucional de forma arbitrária, preservando-se a estabilidade do ordenamento jurídico.

Quanto aos processos informais ou mutações Constitucionais, Uadi Lammêgo Bulos afirma que não existem limites formais a tais processos, tendo em vista que não há dentro do ordenamento jurídico a previsão deste fenômeno. A doutrina, contudo, estabelece alguns limites para o processo informal de reforma da Constituição.

Assim, os limites da interpretação constitucional e dos processos informais de modificação do texto Constitucional são: os princípios e métodos impostos pela hermenêutica constitucional, a tipologia das normas constitucionais e a necessidade de fundamentação das decisões proferidas.

Conforme Uadi Lammêgo Bulos³⁷, a tipologia das normas constitucionais, ou seja, a classificação de tais normas segundo critérios de eficácia e aplicabilidade, tem o escopo de especificar a natureza da interpretação constitucional, o que influi na escolha do método de interpretação e nos resultados que se pretende alcançar. José Afonso da Silva ensina que a tipologia das normas constitucionais pode ser classificada em:

- a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta ou integral, que incidem de modo imediato, dispensando legislação complementar; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas sujeitas a restrições por parte do legislador infraconstitucional; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que dependem da emissão de lei orgânica ou complementar para serem aplicadas. Dividem-se em normas definidoras de princípio institutivo, que dependem de lei para dar corpo às instituições, pessoas, órgãos previstos na Constituição, e normas definidoras de princípio programático, que

³⁷ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 98.

estatuem programas constitucionais, suscetíveis de desenvolvimento por uma providência normativa ou administrativa ulterior.³⁸

Ensina o autor que as normas de eficácia contida com significado restringido devem ser interpretadas por meio de leis inferiores. O mesmo se pode dizer das normas de eficácia limitada, cuja interpretação deve considerar o produto normativo ordinário.³⁹

Por fim, a necessidade de fundamentação da decisão proferida é uma importante ferramenta para se fiscalizar a atividade do intérprete judicial pelos outros poderes e pela sociedade. É por meio da fundamentação que se verifica se a interpretação obedeceu a critérios válidos de argumentação, de modo que não distorça a letra e o objetivo impresso na Constituição.

Mauro Capelletti⁴⁰ prescreve que o juiz deve primar pela clareza e objetividade e se pautar pela isonomia e imparcialidade, obedecendo aos princípios do devido processo legal, do juiz natural e do contraditório, mas especialmente ao limite que o próprio texto constitucional insere.

Os limites à atividade interpretativa e ao processo informal de modificação da Constituição levam à conclusão prévia que ao juiz não é permitido criar um novo texto constitucional (tendo em vista que esta é a função do legislador ordinário), mas encontrar o sentido, o significado e o alcance que a norma constitucional possui. E tal atividade deve ser balizada por métodos e justificativas que lhe imprimam racionalidade e legitimidade. Nesse sentido é a orientação de Anna Cândida da Cunha Ferraz:

³⁸ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

³⁹ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Op. Cit.**, p. 96-105

⁴⁰ CAPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p.73-76.

Assim, em síntese, a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Essa característica fundamental que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que indireta ou implicitamente, é acolhida pela lei maior.⁴¹

Apresentados os limites da interpretação constitucional, vale destacar os modelos de jurisdição constitucional e os instrumentos de controle utilizados por estas cortes bem como as suas formas de atuação por meio da autocontenção e do ativismo judicial.

⁴¹ Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limond, 1986, p. 10.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, AUTOCONTENÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Conforme Mauro Cappelletti⁴², o nascimento e a expansão da jurisdição constitucional possui uma relação intrínseca com a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais e a necessidade de um órgão ou conselho que garantisse a supremacia e defesa de tais direitos.

Fato é que a jurisdição constitucional foi se desenvolvendo e ganhando força na mesma medida em que as Declarações de direitos foram se desenvolvendo (no século XVII ao século XX), na tentativa de efetivação das normas constitucionais e como forma de limitação e controle dos abusos de poder estatal e de suas autoridades constituídas.

No Estado Democrático de Direito, especificamente no Brasil, a crise do sistema representativo, ocasionado pelas distorções geradas pelos partidos políticos, pelo sistema proporcional e pela atuação desordenada de grupos de pressão, acabaram, segundo Giovanni Sartori⁴³, por distanciar o produto final da atuação do parlamento – Lei – da vontade popular. A produção legislativa tornou-se resultado das diversas pressões de grupos organizados, o que fere os direitos de minorias e das normas constitucionais, tornando-se imprescindível a existência de um tribunal que coibisse essas distorções.

⁴² CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992, p.48-50.

⁴³ SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional**: como mudam as constituições. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

Alexandre de Moraes⁴⁴ aponta que a missão da Justiça Constitucional em garantir a perpetuidade do Estado de direito e dos direitos fundamentais possui basicamente, nos diversos ordenamentos jurídicos, cinco competências: controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, proteção aos direitos fundamentais, controle de regras da democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos); controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais; e equilíbrio da federação.

Dentre todas essas funções, a mais enigmática é a de garantir que a norma constitucional seja sempre atual e consiga solucionar os problemas cotidianos, cada vez mais complexos, o que, conforme já exposto, utiliza a interpretação constitucional para construir ou concretizar direitos.

Face ao exposto, é necessário demonstrar, de forma concisa, as principais características dos modelos de jurisdição constitucional, como estes órgãos exercem o controle de constitucionalidade, um importante instrumento para que o ordenamento jurídico esteja em conformidade com a Constituição.

De maneira sucinta, podem ser definidos dois tipos de jurisdição constitucional que influenciaram os demais modelos existentes, são eles: o modelo norte-americano e o modelo austríaco.

⁴⁴ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 312.

2.1 Os modelos de jurisdição constitucional e o uso da interpretação constitucional em suas decisões.

2.1.1 A Suprema Corte Americana

O modelo norte-americano de jurisdição constitucional tem como marco a decisão do *Chief Justice* John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, que declarou a inconstitucionalidade de ato do Congresso em face da Constituição Federal, em 1801.

A característica mais marcante deste modelo, segundo Alexandre de Moraes⁴⁵, consiste na supremacia da Constituição e em seu mecanismo de efetivação jurisdicional (*judicial review*), através do controle de constitucionalidade, “permitindo a Suprema Corte, mediante casos concretos que lhe são postos a julgamento, interpretar a Constituição Federal, para com ela adequar-se e compatibilizar as leis e os atos normativos editados pelos demais poderes do Estado”.⁴⁶

A Suprema Corte tem competência recursal nos casos de controle de constitucionalidade e garantia de direitos fundamentais, caracterizando a adoção do controle difuso.⁴⁷

Quanto ao controle difuso de constitucionalidade americana, verifica-se que todos os tribunais possuem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, mas, na prática, dificilmente os tribunais inferiores exercem o controle difuso. Colaborando com o que foi exposto, informa Thomas Cooley:

Se o Tribunal perante o qual a questão se apresenta não é o de última instância em relação a mesma, deve-se esperar que proceda com cautela e

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 85.

⁴⁶ WOODEGARD, Bob. et al. **Por detrás da Suprema Corte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

⁴⁷ As informações sobre o controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte Americana foram retiradas da doutrina de Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 95-102.)

circunspecção, mais do que no comum, e que se abstenha, completamente, de declarar a nulidade de uma lei, a menos que se trate de casos de extraordinária clareza, e especialmente se, em sério detrimento da justiça a decisão puder ser retardada, até que o tribunal de categoria superior tenha ocasião de se pronunciar sobre o caso.⁴⁸

Outrossim, o controle de constitucionalidade é realizado mediante casos concretos, de pessoas que tenham os seus direitos afetados por lei supostamente inconstitucional, não cabendo ao Tribunal realizar análise interpretativa sobre a conveniência e oportunidade de determinada lei de maneira abstrata. Saliente-se que a interpretação nos casos concretos deve ser realizada de acordo com o fim buscado pela Constituição e na dúvida, deverá prevalecer o princípio da presunção de constitucionalidade.

No tocante à defesa dos direitos fundamentais, a Suprema Corte evoluiu conforme a própria evolução política e cultural da sociedade americana, de maneira intransigente, polêmica e aperfeiçoada, conforme alega Bernard Schwartz:

Com o passar dos anos, a defesa dos direitos fundamentais pela Corte Suprema seguiu a evolução da sociedade norte-americana, passando a colocar a pessoa humana em primeiro plano, mesmo em detrimento do direito de propriedade, inicialmente defendido de maneira tão ciosa [...] as principais funções da Corte no futuro continuarão a ser, como são atualmente, manter o equilíbrio entre a autoridade nacional e estadual e servir de guardião judicial da Carta de Direitos.⁴⁹

Neste sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos, sem sombra de dúvida, é a instituição que melhor expressa a utilidade da construção (*Construction*), tendo em vista que, por meio de sua atividade interpretativa, amoldou e adaptou o texto da Constituição de 1789 às necessidades mais atuais e inéditas da realidade norte-americana.

⁴⁸ COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 129.

⁴⁹ SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 272

Os efeitos das decisões da Suprema Corte são tanto em relação às partes do caso concreto quanto em relação aos casos análogos (*stare decisis*)⁵⁰. A lei declarada inconstitucional será considerada nula, como se nunca tivesse existido no ordenamento jurídico.

As decisões da Suprema Corte são precedentes obrigatórios para os demais tribunais e autoridades administrativas, conforme a doutrina de Alexandre de Moraes. Por conseguinte, a Suprema Corte não está vinculada aos seus precedentes, podendo julgar de forma diferente casos análogos no futuro.

2.1.2 O Tribunal Constitucional Austríaco

O segundo modelo de jurisdição constitucional surgiu em 1920, na Áustria, como forma de garantia da supremacia da Constituição. O Tribunal Constitucional Austríaco⁵¹ foi criado para o exclusivo controle de constitucionalidade, originando, desta forma, o controle concentrado.

A justificativa dada por Hans Kelsen⁵² sobre a escolha do controle concentrado é que, sendo realizado por um único Tribunal, “este pode deter a competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira”.

⁵⁰ Sobre o *stare decisis*, é a doutrina de Lawrence Baum: “Os precedentes são importantes, acima de tudo, porque uma doutrina básica do Direito é o *stare decisis* (‘mantenha-se a decisão’, jurisprudência), de acordo com a qual um tribunal está preso a seus próprios precedentes e àqueles dos tribunais superiores a ele na hierarquia judiciária. Espera-se que os juízes, em geral, sigam as interpretações das constituições e das leis que já foram estabelecidas em outros casos”. (Cf. BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. São Paulo: Forense Universitária, 1986, p. 247.)

⁵¹ Parte das informações acerca do Tribunal Constitucional Austríaco foram retiradas do site oficial da instituição (CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁUSTRIA. Disponível em: < <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/justices1.html> >. Acesso em: 22 abr. 08.) e da obra de Louis Favoreu (FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.).

⁵² KELSEN, Hans. **A Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 288.

Um dos maiores embates doutrinários acerca da jurisdição constitucional foi travado nesta época entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, acerca da necessidade, titularidade e efetividade de um controle jurisdicional de constitucionalidade. Para Carl Schmitt⁵³, o protetor da Constituição deveria ser o Presidente do *Reich*, por ser considerado um poder neutro e independente perante os órgãos legislativos, atendendo ainda ao princípio democrático tendo em vista que o presidente era eleito pelo povo e possuía legitimidade para tanto. Por outro lado, Kelsen⁵⁴ defendia que a jurisdição constitucional seria o meio mais adequado para se atingir a paz social e a justiça constitucional, pois o poder de legislar deveria estar dividido entre dois órgãos: o tribunal constitucional e o parlamento. Prevaleceu a concepção de Kelsen acerca da independência do Tribunal Constitucional perante os demais órgãos do judiciário do qual nem mesmo faz parte para realizar o controle de constitucionalidade. Na realidade, tal Tribunal não faz parte de nenhum dos poderes do Estado e também não possui autonomia administrativa para gerenciar o seu funcionamento.⁵⁵

A Corte Constitucional Austríaca exerce o controle de constitucionalidade das leis e dos tratados de forma exclusiva, conforme já informado, cabendo aos demais tribunais, ao se depararem com uma lei supostamente inconstitucional, suspender o processo e remeter tal questão ao legitimado pela Constituição.

Além de possuir competência nas questões eleitorais e várias funções administrativas, tal Tribunal possui a atribuição de julgar a responsabilidade criminal e civil de órgãos superiores, do Presidente Federal e dos membros do alto escalão do governo

⁵³ Cf. SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madri: Tecnos, 1983, p. 220-221.

⁵⁴ KELSEN, Hans. **A Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 288.

⁵⁵ Sobre a falta de autonomia administrativa, leciona Felix Emarcora: “Com efeito, os presidentes do Tribunal administrativo e do Tribunal constitucional têm protestado contra o fato de que a administração técnica dos tribunais dependa do órgão governamental.”(Cf. EMARCORA, Felix. **El tribunal constitucional austríaco**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.273.)

regional e federal.⁵⁶ Deve ser ressaltada ainda, a competência da corte austríaca de guardiã das liberdades individuais através do recurso constitucional.⁵⁷

Na lição de Luís Favoreu, as decisões do Tribunal Constitucional Austríaco possuem efeitos *erga omnes*, não retroativos, repristinatórios e vinculantes. Deve ser evidenciado que, após a reforma constitucional de 1975, o Tribunal tem a autoridade de proferir decisões *ultra petita*, bem como, de retardar a eficácia na anulação da norma, por dois anos, quando se tratar de leis e tratados de conteúdo político, e até um ano para os demais casos⁵⁸.

Ao Tribunal Constitucional cabe, portanto, a tarefa de proporcionar ao legislador um prazo mais estendido para adaptar o sistema legal à declaração de inconstitucionalidade da lei, ou seja, a prática de controle da norma no tempo, para evitar conflitos de competência de poderes. Depois de tal prazo, caso não seja tomada nenhuma providência, a Corte poderá anular ou modificar o entendimento da norma legal para que possa se adequar ao entendimento constitucional.⁵⁹ Sobre a manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, ensina Hans Spanner:

A invalidação se faz eficaz, em princípio, na data da publicação da sentença; todavia o tribunal se acha habilitado a protrair para uma data posterior a cessação da vigência, a qual não deve exceder um ano; com isso se ministra a garantia de que em importantes campos da legislação não venha a ocorrer um vácuo e que o corpo legislativo possa utilizar o prazo até a entrada em

⁵⁶ Cf. MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 128. (Vide: THE CONSTITUCIONAL COURT OF AUTRIA. Disponível em: <<http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishvfgg.pdf>>. Acesso em: 23. Jan. 2009.)

⁵⁷ Cf. OEHLINGER, Theo. et al. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Apud. MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 128-129.

⁵⁸ FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p.52.

⁵⁹ THE CONSTITUCIONAL COURT OF AUTRIA. Disponível em: <<http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishvfgg.pdf>>. Acesso em: 23. Jan. 2009.

vigor da invalidação para formular uma lei que regule a matéria de forma constitucional.⁶⁰

2.1.3 *O desdobramento dos modelos de jurisdição constitucional na França e na Alemanha*

Vale citar aspectos interessantes do modelo francês e alemão de jurisdição constitucional em complemento ao já exposto neste tópico. O Conselho Constitucional francês surgiu no início do século XX, como forma de controle dos poderes do parlamento e, somente em 1971, diante da necessidade de proteção dos direitos do cidadão, tal controle passou a ter como principal função de garantia dos direitos fundamentais e respeito às normas constitucionais, além de competências políticas, com o compromisso de zelar pela democracia representativa e participativa.⁶¹

O controle de constitucionalidade francês é realizado de maneira preventiva, ou seja, no processo legislativo, quando ainda não existe nenhuma espécie normativa. O Conselho Constitucional se pronunciará acerca da inconstitucionalidade apenas se provocado, diante do conflito entre o Governo e o presidente de uma das Câmaras bem como o dever de analisar a constitucionalidade de leis orgânicas e regulamentos antes de entrarem em vigor. Existe a possibilidade de controle repressivo, prevista na Lei Suprema francesa, que consiste na modificação, através de decreto, de regulamentos que entraram em vigor após a constituição, caso o Conselho decida por sua inconstitucionalidade.⁶² A segunda possibilidade ocorreu com a alteração da Constituição francesa, em 23 de julho de 2008, prevendo o controle repressivo de leis que ofendam os direitos fundamentais.⁶³

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 302.

⁶¹ Cf. MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 136-176.

⁶² Sobre o controle repressivo francês é o comentário de Louis Favoreu: “O sistema de repartição de competências entre a lei e o regulamento provocou, por fim, o surgimento na França de um controle de constitucionalidade de leis” (Cf. FAVOREU, Louis. **Op.Cit.**, p. 15.)

⁶³ Conforme artigo 61-1 da Constituição da França. (THE FRENCH NATIONAL ASSEMBLY. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp>>. Acesso em: 15 out. 2009.)

Os efeitos das decisões do Conselho Constitucional, estes são *erga omnes* e vinculantes a todos os tribunais e órgãos administrativos.⁶⁴ Cumpre esclarecer que os efeitos vinculantes se referem apenas ao dispositivo da sentença e não em relação a sua motivação, o que acaba conferindo ao juiz de primeira instância certa discricionariedade.⁶⁵

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, por sua vez, possui inúmeras competências, sendo instância para interposição de recurso constitucional (exigindo-se apenas o esgotamento das vias judiciais ordinárias), é também responsável pelo controle de constitucionalidade e pelas funções administrativas e políticas, o que acaba por dificultar o atendimento de tantas demandas bem como de se impor limites à sua atuação, conforme apontado por Konrad Hesse⁶⁶.

Quanto ao controle de constitucionalidade, conforme Otto Bachof⁶⁷, a análise de constitucionalidade das leis pode ser realizada por todos os juízes e tribunais; porém, a declaração de constitucionalidade das leis é primazia do Tribunal Constitucional Federal.

⁶⁴ Conforme artigo 62 da Constituição da França. THE FRENCH NATIONAL ASSEMBLY. Disponível em: < <http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp> > . Acesso em: 15 out. 2009.

⁶⁵ É este o entendimento de François Luchaire: “Este fato pode gerar o total descumprimento da decisão, quando, por exemplo, o conselho julga improcedente uma impugnação, permitindo a promulgação da lei desde que a ela seja dada determinada interpretação [...] ou se atenha aos limites impostos pela interpretação (interpretação conforme a constituição). [...] como não haverá possibilidade de o Conselho ser chamado a aplicar a lei nos casos concretos, nada garantirá que o juiz civil, penal ou administrativo dará a interpretação que o Conselho fixou na motivação de sua decisão, podendo diferentemente aplicar a lei da forma que melhor lhe aprouver” (Cf. LUCHAIRE, François. **El consejo constitucional frances**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.100-101)

⁶⁶ “Em sua totalidade essas competências ultrapassam essencialmente o quadro tradicional da competência judicial constitucional. É essa amplitude que fundamenta o significativo aumento da jurisdição constitucional na ordem constitucional da lei fundamental, que, naturalmente, ao mesmo tempo, também deixa aparecer com nitidez aumentada a problemática da jurisdição constitucional, especialmente a questão de seus limites.” (Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

⁶⁷ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994, p. 75.

Alexandre de Moraes⁶⁸ ensina que este modelo de controle difere do modelo da Suprema Corte americana, tendo em vista que pode ser realizado em abstrato e a Corte Constitucional alemã não pode exercer a escolha discricionária de casos a serem julgados (*writ of certiorary*) como ocorre no modelo americano. Por conseguinte, mesmo no recurso constitucional, não há a análise de fatos, mas apenas se as decisões são compatíveis com a Constituição e em respeito aos direitos fundamentais.

Por último, as decisões da Corte Constitucional alemã, “salvo nas demandas que envolvam conflitos entre órgãos e conflitos federais, vinculam-se a todos os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados, assim como a todos os tribunais e autoridades, proibindo-se, inclusive, o legislador de reiterar a edição da norma declarada nula.”⁶⁹ Tais efeitos se referem não apenas ao dispositivo, mas também à fundamentação da decisão, uma vez que cabe ao Tribunal, a função de intérprete e guardião da Constituição.

Da mesma forma, pode ser verificado o efeito retroativo (*ex tunc*) nas decisões do Tribunal Constitucional alemão em relação a todas as sentenças, normas, regulamentos e atos administrativos que tiveram por base lei declarada inconstitucional. Entretanto, com relação às sentenças judiciais transitadas em julgado, tal efeito só será cabível em matéria penal. Nas demais matérias não há a possibilidade de qualquer alteração. E ainda, o Tribunal não está vinculado às suas decisões, podendo alterar o seu entendimento, mas deve fixar o momento desta alteração.⁷⁰

⁶⁸ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 166-172.

⁶⁹ MORAES, Alexandre. Idem. Ibidem, p.175

⁷⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

2.1.4 A Jurisdição Constitucional Brasileira

Desde 1824, a Constituição do Império previa a criação da jurisdição constitucional no Brasil mas, somente em 1890, foi criado o Supremo Tribunal Federal, inspirado na Suprema Corte Americana. Fato, porém, é que a Corte Constitucional brasileira possui hoje as peculiaridades de um sistema misto de jurisdição constitucional, com funções que se aproximam ora do modelo europeu, ora do modelo americano.

A Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente as funções do STF, principalmente quanto ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, as quais estão elencadas nos artigos 102 e 103-A.

A Corte Constitucional brasileira possui diversos mecanismos para a realização do controle de constitucionalidade [ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão (podendo neste caso também ser interposto o mandado de injunção), ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental], o que permite afirmar a sua configuração híbrida (difuso e concentrado, abstrato e concreto).⁷¹ Sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, ensina Luís Roberto Barroso:

[...] é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas.

⁷¹ Sobre o controle de constitucionalidade brasileiro vide MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Nesse cenário, qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.⁷²

O controle difuso pode ser realizado por qualquer Tribunal no julgamento de um caso concreto, com o efeito da sentença proferida sendo restringido apenas às partes daquele julgado. Tal controle será exercido pelo STF no julgamento do recurso extraordinário⁷³. Após o julgamento do recurso deverá a Corte Constitucional encaminhar ao “Senado Federal cópia da decisão exarada no recurso para que seja suspensa, por resolução, a execução da lei declarada inconstitucional e possua efeito *erga omnes* e *ex nunc*.”⁷⁴,

Em relação ao controle concentrado, compete apenas ao Supremo Tribunal Federal analisar a constitucionalidade das normas em abstrato, por meio da ação direta de inconstitucionalidade - ADI, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade - ADC e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁷⁵

Somente o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou

⁷² BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 18 set. 2009.

⁷³ A ação recursal deverá preencher o requisito da repercussão geral, ou seja, deverá conter critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica, para que seja admitida e julgada pelo STF. Tal critério de admissibilidade, além de ser um importante instrumento de autocontenção judicial, tem por objetivo evitar o acúmulo de processos repetidos na Corte e proporcionar maior celeridade na solução dos demais conflitos. (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. **Curso de Direito Constitucional**.3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1054.)

⁷⁴ AVELAR, Mateus Rocha. O controle de constitucionalidade das leis. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6750>> Acesso em: 15 out. 2009.

⁷⁵ AVELAR, Mateus Rocha. O controle de constitucionalidade das leis. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6750>> Acesso em: 15 out. 2009.

entidade de classe de âmbito nacional, possuem legitimidade para argüir as ações direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.⁷⁶

Conforme a doutrina de Ives Gandra da Silva Martins, na declaração direta de inconstitucionalidade, o reconhecimento atinge a norma desde a sua origem e, por força do princípio da segurança jurídica, a decisão tem efeito vinculante e *erga omnes*. “Porém, diante da impossibilidade material de reconduzir as situações definitivamente constituídas, sob a égide da norma inválida, à situação pretérita, eliminando todos os efeitos do ato legislativo inválido, pode o tribunal reconhecer à decisão de mérito, eficácia ex nunc”.⁷⁷

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por objeto “a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional.”⁷⁸ Confirmada a inconstitucionalidade, o órgão deverá dar ciência ao poder competente para adoção das medidas necessárias. No caso de órgão administrativo, este deverá editar o ato normativo no prazo de 30 dias, já no caso de norma a ser editada pelo Legislativo, não fixará o STF prazo para cumprimento do dever, em respeito à tripartição das funções estatais e independência dos Poderes.⁷⁹

A ação declaratória de constitucionalidade tem por objetivo afastar a incerteza jurídica e tornar absoluta a presunção de constitucionalidade lei ou ato normativo

⁷⁶ Art. 103 da Constituição Federal de 1988. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Atualizada até a EC nº53, 2006. Coleção Saraiva de legislação. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.38)

⁷⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Processual**. São Paulo: Ano 25, n. 97, 2000, p. 241-250.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1186.

⁷⁹ AVELAR, Mateus Rocha. O controle de constitucionalidade das leis. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6750>> Acesso em: 15 out. 2009.

federal ou estadual. Os efeitos de tal decisão serão vinculantes a todos os órgãos do Judiciário e do Executivo e terá eficácia *erga omnes*.⁸⁰

Já a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por escopo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição Federal decorrente de ato do Poder Público, quando não houver outro meio eficaz para solução da controvérsia. Os efeitos de tais decisões serão *erga omnes, ex tunc* e vinculantes.⁸¹

Gilmar Ferreira Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, dispõe que enquanto pretendo "legislador negativo" no controle de constitucionalidade, o STF (bem como qualquer outra Corte com funções constitucionais) acaba por exercer um papel de "legislador positivo". "É que o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas"⁸².

Por conseguinte, a súmula vinculante, consagrada com a Emenda Constitucional nº 45/2004, teve o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da administração pública ao entendimento do STF acerca de determinada matéria. Sobre o uso da súmula vinculante pela jurisdição Constitucional, é de fundamental importância a lição de Hans Kelsen:

[...] a função criadora do direito dos tribunais surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir suas normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo

⁸⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. **Curso de Direito Constitucional**.3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1131.

⁸¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. **Curso de Direito Constitucional**.3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1149-1158.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm >. Acesso em 12 set. 2009.

instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa.⁸³

A idéia de criação judicial do direito é tema de profundo debate acerca da crescente judicialização do Direito Constitucional. Alguns autores⁸⁴ entendem que a justiça constitucional poderá gerar uma ameaça para a liberdade democrática, tendo em vista que a sua atuação como legislador positivo afeta o equilíbrio e a separação dos poderes, basilares na estrutura do Estado democrático de Direito. Outros autores⁸⁵ acreditam que a criação judicial de leis é necessária para a efetivação da Constituição e concretização dos direitos fundamentais.

É deste embate que surge a tentativa de orientar a atividade da jurisdição constitucional através da autocontenção e do ativismo judicial.

2.2 Autocontenção e ativismo judicial

A autocontenção judicial determina a utilização de técnicas minimalistas de decisão, principalmente, quando há controvérsias constitucionais, com o objetivo de

⁸³ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.115-116.

⁸⁴ Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. ; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. ; CATTONI, Marcelo. et al. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. ; entre outros.

⁸⁵ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/12350666701742181901.pdf> > Acesso em: 18 set.2009. ; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra : Almedina, 2003. ; MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004., MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. **Curso de Direito Constitucional**.3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008., CAPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. e LEAL, Monia Clarrissa Henning. **A Constituição como princípio: Os limites da Jurisdição Constitucional Brasileira**. Barueri: Manole, 2003.

propiciar o amadurecimento de tais questões não só pelos juízes, mas também pelos demais poderes constituídos e pela sociedade civil.⁸⁶

Orienta ainda que compete ao judiciário uma atitude de deferência aos atos e decisões dos demais poderes, não devendo adentrar em questões de natureza política ou que necessitem de elaboração de políticas públicas para a efetivação de normas constitucionais⁸⁷.

Sobre a autocontenção judicial, Luís Roberto Barroso sintetiza:

[...] a autocontenção judicial é a conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A autocontenção restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.⁸⁸

A autocontenção, segundo Sergio Fernando Moro, está relacionada ao limite da “reserva da consistência⁸⁹” como condição de legitimidade das interferências da atividade jurisdicional na atividade legislativa. Ou seja, o juiz constitucional deverá fundamentar a sua decisão, indicando o motivo pelo qual está invalidando o ato legislativo ou suprimindo o vazio

⁸⁶ Cf. MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.221-227.

⁸⁷ MORO, Sergio Fernando. *Idem*. Ibidem, p. 222.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 18 set. 2009.

⁸⁹ A expressão “reserva da consistência” foi primeiramente utilizada por Habermas para definir que “Colocado no tempo, o processo de interpretação é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (Zwischenträger). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (Vorbehalt der Bewährung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais” (Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 42).

normativo. Caso não consiga os argumentos necessários para demonstrar o acerto da interpretação, deverá adotar a autocontenção⁹⁰.

Em contrapartida, o ativismo judicial compreende um judiciário com uma postura ativa e enérgica em favor da proteção e efetivação dos direitos fundamentais, atribuindo ao juiz não apenas o poder de interpretar cláusulas abertas e princípios abstratos, mas em descobrir e ampliar o alcance da Constituição e realizar a interpretação da legislação infraconstitucional através da filtragem constitucional e da concretização, diminuindo a distância entre as esferas jurídicas, política e moral.⁹¹ Acerca do ativismo judicial, Luís Roberto Barroso expõe:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁹²

Normalmente, o ativismo judicial ocorre em situações de retração do Poder Legislativo, de um desencontro entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.⁹³

Segundo Luís Flávio Gomes⁹⁴, existem duas espécies de ativismo judicial: o ativismo judicial inovador e o ativismo judicial revelador. Neste último, o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova como ocorre no

⁹⁰ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.221-227.

⁹¹ Cf. SCALCO, Pedro. Jurisdição constitucional e democracia na Constituição Brasileira. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.98, n.880, 2009, p.88.

⁹² BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 18 set. 2009.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto Barroso. Idem. Ibidem.

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921> >. Acesso em: 31 ago. 2009.

ativismo inovador, mas no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.

As críticas que se estabelecem a essa postura são, primeiramente, quanto à legitimidade democrática da jurisdição constitucional em atuar como legislador positivo na concretização das normas e direitos fundamentais, pois ao adentrar na seara das questões políticas estaria também invadindo a competência do Poder Executivo, o que subverteria o princípio da divisão de poderes e colocaria em risco a democracia.⁹⁵

A legitimidade da jurisdição constitucional será debatida no próximo capítulo no tocante aos limites do poder normativo do STF. Por hora, cabe informar os riscos que a judicialização e o ativismo judicial representam para a legitimidade democrática. Para Luís Roberto Barroso, o fundamento normativo está no fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especificamente, ao Supremo Tribunal Federal. Justifica que a maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. Por conseguinte, os magistrados não têm vontade política própria, ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Assevera ainda que a afirmação que reverencia a lógica da separação de Poderes deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como, por exemplo, a dignidade da

⁹⁵ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito⁹⁶.

Determinadas as duas posturas da jurisdição constitucional, impende demonstrar o poder normativo exercido pela jurisdição constitucional brasileira, a sua atual configuração ativista em determinados momentos, de autocontenção em outros, bem como os limites estabelecidos a tal poder.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 18 set. 2009.

3 STF E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 O poder normativo da jurisdição constitucional brasileira através da interpretação constitucional

Eros Grau⁹⁷, Ministro do STF, considera que a criação normativa pelo Supremo Tribunal Federal é inconcebível, pois fere a independência, a harmonia e a separação de poderes consagrados nos artigos 2º e 60, § 4º, III. Entretanto, em breve análise à jurisprudência do Supremo Tribunal, verifica-se a atuação do STF como legislador positivo.

A atribuição constitucional dada ao Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição traz a esta Corte a tarefa de zelar pela constitucionalidade e concretizar direitos e princípios fundamentais, conferindo-lhes eficácia e aplicabilidade. O que, conforme já exposto, tem na interpretação constitucional e, conseqüentemente, na mutação constitucional como importantes ferramentas para o sucesso de tão difícil tarefa.

No processo de interpretação, o vazio normativo e as questões sociais cada vez mais complexas diante de normas constitucionais abstratas e de vários significados, é inevitável a criação de direito, conforme afirma Mauro Capelletti⁹⁸. “A diferença básica entre os atos legislativos e os demais seria a de que o parlamento produziria normas gerais e que os tribunais e a administração normas individuais.”⁹⁹ Entretanto, a produção judicial de normas pelo STF atinge não apenas as partes do caso concreto, mas toda a sociedade. E, conforme

⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 721-7/DF. Ementa: Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de lei complementar. Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. [...] Relator: Marco Aurélio, Brasília, DF, 30.08.2007. DJ de 30/11/2007.

⁹⁸ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p.73-107.

⁹⁹ Kelsen, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução: Roberto J. Brie. Madri: Technos, 1995.

será verificado, ultrapassa os limites impostos pela doutrina e jurisprudência para a atividade criativa do intérprete judicial.¹⁰⁰

Na RCL nº 4335-5/AC em julgamento pelo STF, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, propõe a mudança de interpretação (através de mutação constitucional) do artigo 52, inciso X da CF/88, cujo texto dispõe que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, fazendo com que o Senado Federal apenas dê publicidade à suspensão da execução que será operada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade e não mais pelo Senado, órgão escolhido pela Constituição para tal tarefa. Sobre a mudança de sentido proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, pondera o Ministro Eros Grau em seu voto:

Isto posto, cumpre ponderarmos o que propõe, em seu voto, o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes. S. Excia. extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica mutação constitucional: **ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.** A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional[...] Note-se bem que S. Excia. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição.¹⁰¹ [grifo nosso]

O problema gerado com tal modificação é que além de retirar a competência atribuída pelo legislador ordinário, acabará conferindo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante ao controle difuso de constitucionalidade, cujo efeito é somente entre as partes atualmente. As conseqüências de tal modificação repercutem na própria separação de poderes e sistema de

¹⁰⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade de Cattoni de; et.al. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** Disponível em: <
http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912 > Acesso em: 03 set. 2009.

¹⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RCL nº 4335-5/AC Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 21 ago. 06. DJ de 25.08.06, p. 9.

freios e contrapesos instituídos pela Constituição e fere os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, segundo Lênio Luiz Streck. Nesse sentido é a sua crítica:

o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.[...] Como se não bastasse, reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade *é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório* (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado.¹⁰²

No caso apresentado, verifica-se o que, segundo Sergio Norjiri¹⁰³, é denominado de criação judicial em sentido forte, haja vista que não há a menor correlação entre a literalidade do enunciado legal ou a vontade do legislador com a decisão produzida.

O HC 91.952-9/SP¹⁰⁴ é outro precedente no qual pode ser verificado o poder normativo do STF. O Supremo Tribunal, em análise do pedido de *habeas corpus*, anulou decisão proferida pelo Tribunal do Júri, em que o acusado havia sido mantido desnecessariamente algemado durante toda a sessão. Entendeu-se que, no caso, não havia justificativas para submeter o acusado a tal humilhação, o que feria o princípio da dignidade

¹⁰²STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade de Cattoni de; et.al. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso:** mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912> Acesso em: 03 set. 2009, p. 6-7

¹⁰³NORJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito.** Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.145.

¹⁰⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 91.952/SP. Ementa: Direito processual penal. Execução Penal. Pena Privativa de Liberdade. Relator: Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 29.04.08. DJE de 08.05.08.

da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência, inclusive por induzir nos jurados a percepção de que se estariam diante de acusado de alta periculosidade.

De início, tal entendimento não configuraria criação judicial da norma constitucional, tendo em vista que o caso concreto consubstanciava o entendimento do legislador ordinário, através do artigo 474 do Código de Processo Penal - CPP, alterado pela Lei 11.689/2008 e prestes a entrar em vigor no ordenamento jurídico à época de tal decisão. Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes sugeriu em seu voto que tal entendimento deveria ser estendido não apenas a desnecessidade do uso de algemas durante a sessão do tribunal do júri, mas em todas as outras situações em que não existisse a excepcionalidade expressa no artigo do CPP. Em desdobramento desse julgamento, foi editada a Súmula vinculante nº 11 com o seguinte teor:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.¹⁰⁵

O STF, na concretização de princípios constitucionais, não se ateve ao caso concreto, extrapolando os limites processuais do pedido. Ampliou os efeitos da norma constitucional e infraconstitucional, disciplinando a controvérsia através de Súmula vinculante, o que lhe confere eficácia *erga omnes* e efeito vinculativo em relação a todos os órgãos do poder judiciário e da administração pública direta e indireta, em todas as suas esferas. Configurando, portanto, direito *ex novo* através da via judicial.

¹⁰⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acesso em: 12 out. 2009.

O posicionamento do STF foi alvo de inúmeras críticas no sentido de que tal órgão estaria sendo influenciado por questões políticas e cedendo a pressões externas, pois a Súmula vinculante nº 11 foi editada logo após a prisão de um banqueiro e de um ex-prefeito da capital paulista (acusados de desvio de dinheiro público para o pagamento de parlamentares em troca de apoio político ao governo Lula), em que ambos foram algemados e expostos à mídia. Tal situação foi agravada ainda mais com a concessão de *habeas corpus* pelo próprio STF.¹⁰⁶

Outro precedente, objeto de mutação constitucional, ocorreu no julgamento do HC 92.566/SP¹⁰⁷. A prisão por dívida do depositário infiel, disposta no artigo 5º, LXVII da CF/88, em confronto com o artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o artigo 7º, § 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), que determinam que só é permitida no caso de descumprimento inescusável por pensão alimentícia, foi considerada revogada pelo STF, tendo em vista que é incompatível com o ordenamento brasileiro.

Os tratados de direitos humanos em que o Brasil seja signatário, quando aprovados pelo Congresso Nacional nos mesmos moldes das emendas constitucionais, são equivalentes às emendas constitucionais, conforme determinado pela EC nº 45/2004. A controvérsia, entretanto, está no fato de que tanto o Pacto Internacional quanto a Convenção Americana não foram aprovadas pelo Congresso Nacional nos termos do processo de elaboração de emenda constitucional. E, portanto, não possuem o *status* de emenda constitucional, mas de norma ordinária. O entendimento anterior, portanto, era de que deveria prevalecer o dispositivo constitucional devido ao princípio da supremacia da Constituição.

¹⁰⁶ Cf. CHAGAS, José Ricardo. **O uso de algemas segundo o STF**. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/41047> > Acesso em: 12/10/2009.

¹⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 92.566/SP. Ementa: Prisão civil. Penhor rural. Cédula rural pignoratícia [...]. Relator: Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 03.12.08. DJE de 05.06.09.

Em interpretação sistemática e extensiva do artigo 5º, § 2º da CF/88, foi considerado que tais tratados gozariam de “supralegalidade”, ou seja, não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico e equipará-los a leis ordinárias seria subestimar o seu valor no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. O Ministro Celso de Melo¹⁰⁸ defendeu que as normas de tais tratados integram ao chamado “bloco de constitucionalidade”, o que significa dizer que eles integram um conjunto normativo de princípios e valores e que são materialmente constitucionais ainda que estejam fora do texto da Constituição. Segundo o Ministro, tal bloco produz vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico de hierarquia superior de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além do critério de preenchimento de eventuais lacunas. É importante transcrever parte do seu voto em que fica evidente o uso da mutação constitucional e o poder normativo do STF:

Refiro-me ao fato, de todos conhecido, de que o alcance das exceções constitucionais à clausula geral que veda, em nosso sistema jurídico, a prisão civil por dívida pode sofrer **mutações**, quer resultantes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, quer emanadas de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, quer, ainda, ditada por juízes e tribunais, no processo de interpretação da constituição e de todo o complexo normativo nela fundado. Isso significa, portanto, presente tal contexto, que **a interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria constituição às novas exigências**, necessidades e transformações dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea. Daí a precisa observação de Francisco Campos (“Direito Constitucional”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que **no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de formulá-los**, em face de novas e cabiantes realidades sequer existentes naquele momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas.¹⁰⁹ [grifo nosso]

¹⁰⁸ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 92.566/SP. Ementa: Prisão civil. Penhor rural. Cédula rural pignoratícia [...]. Relator: Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 03.12.08. DJE de 05.06.09, p.347.

¹⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 92.566/SP. Ementa: Prisão civil. Penhor rural. Cédula rural pignoratícia [...]. Relator: Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 03.12.08. DJE de 05.06.09, p. 291-292

O mandado de injunção é outro importante instrumento de criação judicial do direito na atual jurisprudência do STF. O remédio constitucional do mandado de injunção, disposto no artigo 5º, LXXI da CF/88, é o remédio utilizado sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

Em análise à jurisprudência do STF, verificou-se que o mandado de injunção era uma ação simplesmente declaratória da omissão exercida pelo legislador ordinário, cujo objeto era cientificá-lo da necessidade da criação do preceito normativo ao qual se pleiteava, sob a justificativa de respeito à divisão e harmonia dos poderes.¹¹⁰

O entendimento da Corte atual, entretanto, é de que o mandado de injunção deve produzir norma supletiva para que o direito fundamental pleiteado possa ser exercido. Esse é o posicionamento adotado pelo Ministro Eros Grau, no julgamento do MI 721/DF ao julgar o pedido de aposentadoria por 25 anos de tempo de serviço em situação insalubre, conforme lacuna encontrada no artigo 40, § 4º da CF/88:

O poder judiciário, no mandado de injunção produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade para produzir a norma de decisão aplicável à omissão [...] Ademais não há que se falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação de poderes” provinda do direito natural. No Brasil, vale em matéria de independência e harmonia entre os poderes o que está escrito na Constituição. [...] De resto o judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora. Note-se que não se trata de simples poder, mas de dever-poder¹¹¹. [grifo nosso].

O mandado de injunção possui eficácia apenas entre as partes. Entretanto, no julgamento dos mandados de injunção MI 712/PA e MI 670/ES, acerca do direito de greve

¹¹⁰ Cf. MI 462/MG, MI 446/RJ e MI 484/RJ, entre outros.

¹¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 721/DF. Ementa: Mandado de injunção. Natureza. [...]. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 30.08.07. DJ de 30.11.07, p. 28-30.

no serviço público, impetrados pelos sindicatos dos servidores públicos, a decisão acabou possuindo eficácia *erga omnes* e atingindo a todos os servidores públicos.

Segundo José Levi Mello do Amaral Junior, confirmado o entendimento de aplicação das normas que disciplinam a greve no setor privado ao setor público, este conferiu eficácia *erga omnes*, tendo em vista que foram impetrados pelos sindicatos dos servidores públicos. Havendo, neste caso, “uma muito delicada mutação constitucional por via judicial, quiçá uma deformidade constitucional.”¹¹²,

Por último, cumpre acrescer que o STF, ao se pronunciar no MS 26603-1/DF¹¹³ quanto à fidelidade partidária, acrescentou uma nova modalidade de perda do mandato ao artigo 55 da CF/88, indicando, inclusive, o período de início da vigência da “nova norma”. A justificativa dada pelo STF encontra-se na ementa do próprio julgado:

No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”.

A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.¹¹⁴

¹¹² AMARAL JÚNIOR, José Levi do. Processo constitucional no Brasil: nova composição do supremo tribunal federal e mutação constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 57, 2006, p. 106-107.

¹¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS nº 26603-1/DF. Ementa: Constitucional. Mandato eletivo. Deputado federal. Perda do mandato. Fidelidade partidária. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, ATA Nº 45, DJ de 05/10/2007.

¹¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS nº 26603-1/DF. Ementa: Constitucional. Mandato eletivo. Deputado federal. Perda do mandato. Fidelidade partidária. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, ATA Nº 45, DJ de 05/10/2007.

No julgamento da ADC 12/DF¹¹⁵, acerca do nepotismo no serviço público, fez com que o STF estendesse a vedação do nepotismo ao Executivo e Legislativo, “com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa.”¹¹⁶

Constata-se, dessa forma, que a criação judicial de normas é algo presente nos julgados do Supremo Tribunal Federal e que deve ser enfrentado, não adiantando negar a sua existência ou proibi-la, daí a necessidade de se impor limites e regras para que tal ato não se torne arbitrário e eivado de interesses pessoais e políticos.

3.2 Limites ao poder normativo do STF

Alguns limites ao poder normativo do STF foram expostos no capítulo 1, em que se verificou que a criação de normas se opera através da mutação constitucional, tendo como limitação os princípios e métodos apresentados pela hermenêutica, a necessidade de fundamentação das decisões proferidas e a tipologia das normas constitucionais. Saliente-se ainda o limite que o próprio texto da norma constitucional transmite, sendo permitido ao intérprete apenas atuar no sentido e alcance da norma, o que não pode contrariar a determinação do legislador ordinário.

A autocontenção judicial, através da “reserva da consistência” é outro importante limite para a criação judicial de norma, conforme já explicitado. Ou seja, o juiz constitucional deverá fundamentar a sua decisão, indicando o motivo pelo qual está

¹¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC nº 12/DF. Ementa: Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Medida cautelar [...]. Relator: Carlos Britto. Brasília, DF, 16. fev. 2006. DJ de 01.09.2006, p.15.

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 18 set. 2009.

invalidando o ato legislativo ou suprindo o vazio normativo. Caso não consiga os argumentos necessários para demonstrar o acerto da interpretação, deverá adotar a autocontenção.¹¹⁷

Relacionada à autocontenção judicial, a doutrina estabelece ainda que a capacidade institucional do judiciário é um limite à atuação do STF como legislador positivo.

Sobre a capacidade institucional é basilar a doutrina de Luís Roberto Barroso:

A doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas idéias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. **Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.**¹¹⁸ [grifo nosso].

¹¹⁷ Cf. MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.221-227.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 18 set. 2009.

Quanto à capacidade institucional, é importante destacar que o Supremo Tribunal, através do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas, tem proporcionado o debate para esclarecer temas que, por sua especialidade técnica, limitam o Poder Judiciário na efetivação dos direitos assegurados pela Constituição.¹¹⁹

Do mesmo modo, a atividade normativa do judiciário está condicionada ao limite “reserva do possível”¹²⁰, ou seja, deve ser verificada a possibilidade (financeira e orçamentária) da prestação pelo Estado para a realização dos direitos sociais. Sobre a reserva do possível é esclarecedora a lição do Ministro Celso de Mello:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.¹²¹

Outro limite estabelecido pela doutrina encontra-se na falta de legitimidade do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, haja vista que os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos. Assim, a possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram

¹¹⁹ MARTINS, Marianne Rios. Os limites de atuação do poder judiciário para efetivar os Direitos humanos de segunda geração. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/manuel/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf> Acesso em: 02 set. 2009.

¹²⁰ Sobre a reserva do possível, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

¹²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF-QO nº 45/DF. Ementa: Processo legislativo. Lei de diretrizes orçamentárias. [...]. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, DJ de 04/05/2004.

escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria como dificuldade majoritária, ou seja, contrária a idéia do regime democrático, do governo pela maioria¹²².

Importante acrescentar neste ponto, a crítica de Manoel Gonçalves Ferreira Filho acerca fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao modificar os efeitos do controle de constitucionalidade definidos pela Constituição, estaria se tornando uma “terceira câmara do Legislativo”, ou seja, acabaria se tornando um poder constituinte derivado. Nas palavras deste autor:

Nitidamente, por outro lado, o controle se politiza pois não mais se põe como uma verificação da supralegalidade, mas tende a se tornar um controle de legitimidade. O Supremo Tribunal Federal assume cada vez mais o papel de terceira Câmara do Legislativo. Passa a ser como que uma supercomissão deste encarregada de examinar a constitucionalidade de atos normativos... De fato, ela não declara simplesmente o vício de inconstitucionalidade que macula o ato; ele o desconstitui a partir do instante em que isso lhe parecer oportuno e conveniente. Sutil é a diferença entre isto e uma revogação... [...] conviria examinar se não seria de bom alvitre especializar o controle, atribuindo-o a uma Corte, como acima já se apontou. Esta poderia até desempenhar um controle preventivo.

Isso forneceria o elemento de legitimidade democrática que certamente não possui o judiciário. Poder cujos membros são escolhidos por um método “aristocrático”, e não democrático, de seleção, ou seja, não são eleitos mas selecionados por concurso ou por escolha por autoridade política.

Segundo Rafael Petracioli¹²³, como os membros do STF são nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pelo Senado Federal, pode-se afirmar que os ministros do Supremo Tribunal são então escolhidos pelos representantes eleitos pelo povo, permitindo-se inferir a transferência ao STF da legitimidade sufragada a estes. Do mesmo modo, leciona que o conceito de democracia há de ser libertado da subestimada concepção de que ela corresponde à vontade da maioria. “A democracia tem esta característica marcante, mas não há democracia se o respeito à vontade da maioria subtrai os direitos das minorias.

¹²² Cf. BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 18 set. 2009.

¹²³ Cf. PETRACIOLI, Rafael da Silveira. **Ativismo judicial, democracia e direito eleitoral**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13579> > Acesso em: 12/09/09.

Não pode a maioria decidir por aniquilar a minoria.¹²⁴” E conclui que tal deliberação não seria democrática, “assemelhando-se assim às ditaduras tradicionais, que não respeitam vontade alguma, senão as de seus líderes”¹²⁵.

Ao fim, outro limite imposto à jurisdição constitucional se refere ao princípio da supremacia e divisão de poderes. Para Mauro Capelletti¹²⁶, a idéia inicial de separação de poderes deve ser revista. Somente um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um Legislativo forte, um Judiciário forte e um Executivo forte.

Segundo Eros Grau, Ministro do STF, o que não pode ocorrer é que os direitos e princípios consagrados no texto constitucional não sejam concretizados devido à inércia e crise do poder Legislativo. O Ministro entende que vale a divisão e harmonia de poderes que a Constituição do Brasil determina e “não esta ou aquela doutrina escrita por quem não leu Montesquieu no original¹²⁷.” E conclui que a Constituição determina que o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra sobre o que é a Constituição. Nesse sentido, seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, inclusive em face dos outros poderes.

Segundo Luís Roberto Barroso¹²⁸, juízes e tribunais atuam buscando o sentido e o alcance da norma constitucional, não atuam por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas

¹²⁴ Cf. PETRACIOLI, Rafael da Silveira. Ativismo judicial, democracia e direito eleitoral. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13579> > Acesso em: 12/09/09

¹²⁵ Cf. PETRACIOLI, Rafael da Silveira. Idem. Ibidem.

¹²⁶ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p.54-55.

¹²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 721/DF. Ementa: Mandado de injunção. Natureza. [...]. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 30.08.07. DJ de 30.11.07, p. 28-30.

¹²⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: < <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 18 set.2009.

constitucionais abertas, vagas ou fluidas, o poder criativo do intérprete se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.

Desta forma, a criação judicial da norma constitucional pelo STF deve ser pontual, no sentido de suprir um vazio normativo para efetivação do texto constitucional não atendido pelo legislador ordinário, sempre baseado em critérios de racionalidade, motivação, correção e justiça. Nas demais situações, deverá o Supremo Tribunal Federal acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador ordinário, ser deferente para com o exercício razoável de discricionariedade técnica do administrador, bem como disseminar cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica e isonomia do sistema.¹²⁹

¹²⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: < <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 18 set. 2009.

CONCLUSÃO

A interpretação constitucional é uma importante ferramenta na solução de casos em que o significado da norma é obscuro ou não há a contemplação no mundo jurídico da situação fática estabelecida, além de permitir a atualização e possibilitar a concretização dos direitos e princípios constitucionais.

A atividade de interpretação está, entretanto, condicionada ao uso de princípios e métodos determinados pela hermenêutica constitucional. A discricionariedade do intérprete, portanto, está relacionada apenas a escolha do método de interpretação com o objetivo encontrar a solução mais adequada ao caso concreto; e não pode ser confundida com liberdade para criar livremente o significado e o alcance da norma constitucional.

A não observação dos limites hermenêuticos torna qualquer decisão interpretativa arbitrária e desprovida de fundamento, perdendo a sua legitimidade e colocando em risco a supremacia e a força normativa da Constituição, bem como a segurança jurídica. Nesse caso, há a expressão da vontade do intérprete em detrimento da vontade expressa pelo legislador constitucional.

Os métodos de interpretação podem ocasionar, entretanto, o fenômeno da mutação constitucional, ou seja, a modificação informal do sentido da norma constitucional sem que haja a modificação do texto prescrito pelo legislador ordinário. Tal fenômeno é limitado primeiramente pelo significado imposto pelo texto constitucional ou por aquele que mais se assemelhe à vontade do legislador ordinário e, posteriormente, pelos limites da interpretação constitucional (princípios e métodos).

A criação judicial do direito, conforme explicitado, não é um fenômeno excepcionalmente brasileiro, mas decorrência natural do processo de interpretação e concretização da Constituição. Deve ocorrer sempre em caráter supletivo, em situações excepcionais em que o legislador deixou de atuar, nos chamados vazios normativos.¹³⁰ Mesmo nestas situações, não pode o juiz constitucional criar um novo texto normativo sob pena de colocar em risco e desvirtuar aquilo que se pretende proteger, qual seja, a norma constitucional. A criação normativa deve operar-se apenas no plano do significado, sentido e alcance da norma constitucional e balizada por métodos que lhe imprimam legitimidade e racionalidade.

Afinal, segundo Mauro Capelletti¹³¹, uma coisa é a inevitável criação judicial do direito – no âmbito das causas e controvérsias em que se travam os conflitos de interpretação - outra, bem diversa, é aceitar que os juízes atuem de forma arbitrária, como verdadeiro legislador positivo, olvidando as virtudes passivas ou os limites processuais e que milênios de sabedoria humana consagraram em fórmulas lapidares.

A mutação constitucional tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal com o objetivo de atualizar e promover as mudanças necessárias ao significado da norma constitucional, sem que haja a necessidade de se recorrer ao processo formal de reforma da Lei fundamental. Ocorre, contudo, que a mutação operada pelo STF altera, não apenas o sentido da norma, mas o próprio texto constitucional, acabando por criar uma nova norma.

O que se verificou nos votos dos Ministros do STF no julgamento da RCL nº 4335-5/AC ainda em trâmite, foi o desvirtuamento do texto constitucional, distanciando-se

¹³⁰ Nesse sentido é o posicionamento de Eros Grau, Ministro do STF no MI 721/DF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 721/DF. Ementa: Mandado de injunção. Natureza. [...]. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 30.08.07. DJ de 30.11.07, p. 28-30.).

¹³¹ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p.73-107.

o novo texto da vontade e do sentido impresso pelo legislador ordinário, pondo em risco a estabilidade e a segurança do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, tal decisão se confirmada, irá ferir o princípio de divisão e harmonia dos Poderes, tendo em vista que retirará a competência pela Constituição ao Senado Federal de revogar os efeitos de lei declarada inconstitucional.

A deformidade do processo de mutação constitucional é flagrante, a ponto de Eros Grau, Ministro do STF, mesmo acompanhando o voto do Ministro Gilmar Mendes, se questionar quanto aos limites da “mutação” operada no artigo 52, X da CF/88, tendo em vista que a mutação constitucional deve se ater à “moldura” do texto constitucional, operando-se apenas a modificação do seu sentido. Demonstrando, portanto, a falta de justificativa e embasamento teórico do que está sendo proposto pelo STF.

No julgamento do STF sobre o uso de algemas verificou-se novamente a livre criação do direito, ultrapassando os limites do sentido e do alcance da norma constitucional.

A criação livre do direito pelo STF, além de arbitrária e desprovida de legitimidade, impõe a reflexão sobre como a desarmonia e o mau funcionamento do sistema de freios e contrapesos a que estão subordinados constitucionalmente os poderes estatais, pode colocar em perigo a segurança do ordenamento jurídico e do próprio Estado Democrático de Direito, sem o qual seria permitido o abuso e o desrespeito aos valores insculpidos e guardados pela Lei Fundamental.

Noutro giro, o Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar papel mais ativo na sociedade. Ao permitir a discussão e se posicionar sobre temas como a pesquisa de células-tronco embrionárias, interrupção de gravidez em caso de anencefalia, demarcação de

terras indígenas na área conhecida como Raposa Serra do Sol, revogação da prisão civil do depositário infiel e rever o seu posicionamento em sede de mandado de injunção, a Corte Constitucional brasileira proporcionou verdadeiro avanço na concretização de princípios e direitos constitucionais.

Destaque-se ainda, o posicionamento do STF em questões emblemáticas na esfera política tais como a vedação do nepotismo no serviço público e a fidelidade partidária, entre outros assuntos, provocando a votação da Reforma Eleitoral pelo Poder Legislativo.

É evidente o avanço e amadurecimento do STF na consolidação dos princípios e normas fundamentais, o que permite concluir que as mutações e concretizações realizadas por aquela Corte são necessárias no sentido de promover a atualização da Constituição, conferindo-lhe força normativa e assegurando a sua efetividade. Todavia, o seu uso deve ser eventual e controlado pela comunidade jurídica, pelos demais Poderes e pela própria sociedade para que não sejam cometidas arbitrariedades e o desvirtuamento destas importantes ferramentas.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi do. Processo constitucional no Brasil: nova composição do supremo tribunal federal e mutação constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 57, 2006.

AVELAR, Mateus Rocha. O controle de constitucionalidade das leis. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6750>> Acesso em: 15 out. 2009.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Revista Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte: Fórum, v. 4, n. 37, 2004, p. 3517-3537.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 18 set. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 21.ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3.ed., São Paulo: Celso Bastos editora, 2002.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. São Paulo: Forense Universitária, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra : Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992

CATTONI, Marcelo et al. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAGAS, José Ricardo. **O uso de algemas segundo o STF.** Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41047>> Acesso em: 12/10/2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional.** 2.ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 2003.

_____. Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional. **Revista Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte: Fórum, v. 3, n. 23, 2003, p. 1709-1722.

COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte.** 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁUSTRIA. Disponível em: <<http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/justices1.html>>. Acesso em: 22 abr. 08.

EMARCORA, Felix. **El tribunal constitucional austríaco.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais.** Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição:** mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limond, 1986.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>>. Acesso em: 31 ago. 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. trad. Gilmar Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução: Roberto J. Brie. Madri: Technos, 1995.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LEAL, Monia Clarrissa Henning. **A Constituição como princípio:** Os limites da Jurisdição Constitucional Brasileira. Barueri: Manole, 2003.

LUCHAIRE, François. **El consejo constitucional frances.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Processual.** São Paulo: Ano 25, n. 97, 2000.

MARTINS, Marianne Rios. Os limites de atuação do poder judiciário para efetivar os Direitos humanos de segunda geração. Disponível em:

<http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/manuel/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf> Acesso em: 02 set. 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 19.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. **Curso de Direito Constitucional.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2000.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NORJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito.** Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.145.

PETRACIOLI, Rafael da Silveira. Ativismo judicial, democracia e direito eleitoral. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13579> > Acesso em: 12/09/09

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional**: como mudam as constituições. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

SCALCO, Pedro. Jurisdição constitucional e democracia na Constituição Brasileira. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.98, n.880, 2009.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madri: Tecnos, 1983.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Como se lê a Constituição: Abordagem Metodológica da Interpretação constitucional. **Revista Direito Público**, Brasília: IDP, v. 1, n. 6, 2004, p. 136-152.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade de Cattoni de; et.al. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912> Acesso em: 03 set. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RCL nº 4335-5/AC Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 21 ago. 06. DJ de 25.08.06, p. 9.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 91.952/SP. Ementa: Direito processual penal. Execução Penal. Pena Privativa de Liberdade. Relator: Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 29.04.08. DJE de 08.05.08.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 92.566/SP. Ementa: Prisão civil. Penhor rural. Cédula rural pignoratícia [...]. Relator: Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 03.12.08. DJE de 05.06.09.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS nº 26603-1/DF. Ementa: Constitucional. Mandato eletivo. Deputado federal. Perda do mandato. Fidelidade partidária. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, ATA Nº 45, DJ de 05/10/2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC nº 12/DF. Ementa: Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Medida cautelar [...]. Relator: Carlos Britto. Brasília, DF, 16. fev. 2006. DJ de 01.09.2006 , p.15.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF-QO nº 45/DF. Ementa: Processo legislativo. Lei de diretrizes orçamentárias. [...]. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, DJ de 04/05/2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 689/PB. Ementa: Mandado de injunção. Concessão de efetividade à norma inscrita no artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Aplicação da Lei Federal n. 7.783/89, que rege o direito de greve na iniciativa privada [...]. Relator: Eros Graus, Brasília, DF, 07 de Junho de 2006, DJ de 18/08/2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 721-7/DF. Ementa: Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de lei complementar. Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. [...] Relator: Marco Aurélio, Brasília, DF, 30.08.2007. DJ de 30/11/2007.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

THE FRENCH NATIONAL ASSEMBLY. Disponível em:<<http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp>>. Acesso em: 15 out. 2009.

WOODEGARD, Bob et al. **Por detrás da Suprema Corte**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1985.